

# ***LA CESSION DE CONTROLE***

## **PLAN :**

### **INTRODUCTION**

#### **I. LA MISE EN ŒUVRE DE LA CESSION DE CONTROLE**

##### *A- Les accords préliminaires dans la cession de contrôle*

- 1) Organisation de la négociation
- 2) Aboutissement de la négociation

##### *B-Condition de validité de la cession de contrôle*

- 1) conditions de fond
- 2) conditions de forme

#### **II. LES EFFETS DE LA CESSION DE CONTROLE**

##### *A- Les effets entre les parties*

- 1) obligation du cessionnaire : payer le prix
- 2) obligation du cédant : garantir le cessionnaire

##### *B -Les effets à l'égard des tiers*

- 1) Les créanciers sociaux
- 2) Les salariés

La cession de contrôle est la cession massive de droits sociaux qui entraîne prise de contrôle de la société par un tiers. La prise de contrôle consiste en l'acquisition, soit directement, soit indirectement, d'un nombre d'actions ou de parts d'une société suffisant pour pouvoir gouverner quasi souverainement cette société, orienter ses destinées et gérer son patrimoine.

Si la prise de contrôle est un mode de constitution d'un groupe, puisqu'elle est le plus souvent réalisée par une société, elle est aussi une **technique de concentration** des entreprises très répandue actuellement. A la différence des fusions qui entraînent la disparition de la société absorbée, la prise de contrôle laisse subsister *l'individualité juridique* de chacune des sociétés, ce qui assure une grande souplesse dans l'orientation économique de leurs activités. Autre avantage par rapport aux fusions, du moins en ce qui concerne les sociétés non cotées, la prise de contrôle peut être réalisée simplement puisqu'elle consiste en un *simple achat d'actions* de la société visée, ce qui permet d'agir avec rapidité et en conservant le secret de l'opération pratiquement jusqu'au dénouement de celle-ci ; les fusions au contraire, nécessitent des formalités nombreuses, complexes, et coûteuses. Enfin, dans les opérations intéressant des sociétés de nationalités différentes, la prise de contrôle est, le seul moyen de parvenir à une concentration des entreprises au niveau international.

Mais la prise de contrôle n'a pas que des avantages. Elle présente des dangers pour la société visée, son personnel et ses actionnaires. La société dont le contrôle est pris par une société concurrente perd son indépendance et fait souvent l'objet de restructurations génératrices de suppressions d'emplois et d'abandons d'activités.

La prise de contrôle peut aussi constituer un risque pour les actionnaires minoritaires de la société visée de voir s'affaiblir la valeur de leurs actions. Souvent aussi, les litiges naissent de la mise à l'écart délibérée des petits porteurs qui, sont exclus de la négociation.

Les cessions de contrôle ne sont pas soumises à un régime juridique d'ensemble particulier. Quel que soit le nombre des titres transférés, **les cessions de parts ou d'actions obéissent à l'ensemble des règles applicables au contrat de vente.** Cependant, les conséquences économiques importantes qu'elles peuvent avoir ont conduit les pouvoirs publics et les tribunaux à prendre des mesures ponctuelles afin d'éviter certains abus.

### **Qu'en est-il de la nature juridique de la cession ?**

La question de la nature juridique de la cession de contrôle et, plus précisément, de sa spécificité s'est posée. Normalement, l'acquéreur n'acquiert que des droits sur des parts ou des actions qui vont lui conférer, de manière seulement médiate, des droits dans une société. En revanche, la théorie de personnalité morale s'oppose à ce que l'on considère que la cession massive de droits sociaux emporte transfert de l'entreprise : après de longues batailles opposant analyse substantielle et formelle de

la cession de contrôle , il est aujourd'hui acquis , depuis l'arrêt BEAUVALLET de 1984(cass.com.,7mars1984, RJF 6/84, n°805) que la cession massive n'équivaut pas à la cession du fonds de commerce ,ni à celle de la clientèle , ni à une fusion de sociétés.

Il n'en reste pas moins vrai que **la cession massive des droits sociaux est soumise à un régime particulier** : ainsi, si l'acte de cession d'actions est normalement un acte civil par nature, la cession revêt un caractère commercial lorsqu'en raison du nombre de parts ou d'actions cédées, elle assure aux acquéreurs le contrôle de la société. Il en va de même lorsque la convention vise à garantir le maintien de contrôle à son titulaire. Les conséquences de cette qualification sont importantes tant en matière de preuve, que de compétence de tribunal de commerce, de la validité de la clause compromissoire ou encore de la présomption de solidarité qui pèsera sur les cédants.

## I-LA MISE EN ŒUVRE DE LA CESSION DE CONTROLE

### A- LES ACCORDS PRELIMINAIRES DANS LES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX

La cession de contrôle implique le plus souvent une longue phase de négociations qui précède la convention de cession elle-même. La question qui se pose est celle de savoir à partir de quand le contrat final est véritablement formé entre les parties à la négociation ? C'est le problème de la punctuation c'est à dire de la conclusion progressive du contrat.

D'autre part, les avants contrats conclus au cours de cette période (lettre d'intention, accord préparatoire, contrat de négociation) ont une force obligatoire spécifique qui peut conduire à engager la responsabilité des parties.

On peut classer ces avants contrats en deux catégories selon qu'ils se bornent à organiser le comportement des négociateurs ou qu'ils permettent d'aboutir à la conclusion du contrat.

## **1 : Organisation de la négociation**

**Le principe** gouvernant la négociation **est la liberté** au nom de **l'autonomie de la volonté** : liberté de négocier ou pas, de poursuivre les négociations, de mener des négociations parallèles, d'y mettre un terme. Cependant cette liberté n'est pas sans limite, il est nécessaire de ne pas adopter un comportement déloyal consistant à dissimuler à l'autre partie une information de nature à influencer sur son consentement.

Ne sont alors sanctionnées que la mauvaise foi et la légèreté blâmable c'est-à-dire le fait de faire croire ce qui n'est pas, de susciter l'intérêt, d'obtenir la révélation de secrets sans jamais avoir voulu conclure la vente ou en prenant la cession à la légère.

Aussi, les lettres d'intention et autres engagements préliminaires ont pour objet d'encadrer cette liberté. Elles font référence à l'exclusivité de la négociation, à l'obligation de négocier de bonne foi ainsi qu'à la confidentialité.

## **2 : l'aboutissement de la négociation**

Au stade de l'aboutissement de la négociation, deux types de dispositions se retrouvent systématiquement : des clauses fixant une **date limite** pour l'aboutissement des négociations et d'autres concernant **les conséquences** d'une rupture de la négociation.

Les protocoles contiennent presque systématiquement des clauses fixant les délais et dates limites de négociation. Cette date limite peut être déterminée (date certaine) ou non (« aussi rapidement que possible »).

De même, une rupture rapide après les négociations peut constituer une faute, comme lorsqu'il y a concurrence déloyale pendant les pourparlers.

La victime pourra alors obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article , dommages et intérêts qui compenseront les pertes subies, (la perte de la chance de conclure le contrat). Cette responsabilité constitue donc une charge importante sur les négociateurs et limite la liberté de ne pas conclure.

Il reste que devant ce danger, les parties à la négociation prennent souvent grand soin à organiser conventionnellement la fin de leurs pourparlers en prévoyant des formalités, des délais et, parfois même, des motifs légitimes ne donnant droit à

aucune indemnisation, et, au contraire, des motifs non légitimes ouvrant droit à une réparation forfaitaire conventionnelle.

### **B: Conditions de validité de la cession de droits sociaux**

Pour que la cession de droits sociaux soit valable, il faut qu'elle remplisse certaines conditions de fond et de forme.

## **1 : CONDITIONS DE FOND**

La cession massive de droits sociaux est un contrat de vente. En tant que contrat, sa validité est subordonnée au respect des conditions exigées de tout contrat (A). En tant que contrat de vente, il doit encore satisfaire certaines conditions spéciales (B).

### **§-1 : Conditions tirées du droit commun**

#### **des obligations**

Comme tout contrat, la cession massive de droits sociaux doit, pour être valable, répondre aux conditions posées à l'article 2 du DOC. Dans ce domaine, les conditions de l'objet du contrat et de la cause ne soulèvent pas de difficultés. Aussi, les deux questions qui nous retiendront seront liées à la capacité et au consentement.

#### **a) La Capacité**

Le cédant comme le cessionnaire doivent avoir la capacité pour céder. Le mineur non émancipé ne peut céder ou acquérir par lui-même. Seul ses représentants légaux le peuvent sous réserve de certaines autorisations (juge des tutelles). Le mineur émancipé a en revanche, la même capacité qu'un majeur pour tous les actes de la vie civile.

Le majeur sous tutelle ou curatelle ne peut céder ou acquérir que par l'intermédiaire du tuteur ou avec l'assistance du curateur.

Les dirigeants de société peuvent agir librement et céder les titres appartenant à la personne morale qu'ils dirigent sauf si les statuts confèrent expressément ce pouvoir à un autre organe de la société telle l'assemblée. Toutefois si la cession porte sur un bloc de titres représentant l'essentiel de l'actif de la société ou s'ils désirent céder une activité qui se confond avec l'objet social ou qui rend impossible la poursuite de l'activité, la décision ressortissant alors de la compétence de l'assemblée des associés.

A ce stade on doit encore faire état de deux situations qui participent pleinement de la capacité ;

Il se peut que le cédant sollicité n'ait pas, à lui seul la quantité de titres que désire acquérir le cessionnaire. A l'inverse, le cessionnaire peut ne pas pouvoir acquérir le bloc intégral de titres détenus par le cédant. Dans ce cas, la cession implique la

présence de tiers qui doivent intervenir pour parfaire la cession et dont on se porte fort immédiatement. L'engagement définitif de ces tiers suppose leur ratification ultérieure.

### b) Le consentement

Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

La question des vices du consentement a été renouvelée pour la jurisprudence en matière de cession de contrôle. En effet, en principe, **l'objet cédé est un bloc de titres** et non l'entreprise. C'est donc la **substance des droits sociaux** et non celle de l'entreprise qui est à considérer pour apprécier l'existence ou non de vices affectant le consentement. Nous retiendrons seul l'erreur et le dol car la violence n'a pas de place, à ce jour, dans cette matière.

*L'erreur* est source de nullité si elle porte sur la nature du contrat, son objet, la substance de la chose ou sur la personne du cocontractant dans les contrats conclus *intuitu personae*. Seule l'erreur sur la substance, en tant que cause de nullité du contrat, sera ici envisagée.

Est nulle pour erreur sur la substance, la vente d'actions d'une société qui n'a jamais été qu'une apparence et un leurre. La jurisprudence a cependant entendu plus largement la notion d'erreur sur la substance : il ne s'agit pas seulement de la nature objective de la chose mais, plus fondamentalement, de la qualité de la chose qu'avait principalement en vue celui qui a contracté et qui a été déterminante de son consentement.

Dans ce sens, l'erreur peut être admise lorsque la chose, objet du contrat, n'est plus apte à remplir l'usage auquel celui qui s'est trompé la destinait.

*Le dol* réside dans des manœuvres telles du contractant qu'il est évident que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté. En outre, la jurisprudence admet le dol par réticence quand par son silence l'une des parties a dissimulé à l'autre un fait ou une situation qui, si elle avait été connue, l'aurait empêché de contracter. Le dol permet au cessionnaire de demander la nullité du contrat et/ou des dommages et intérêts. Il permet de sanctionner des cas d'erreurs qui ne sont pas sources des vices du consentement, telle l'erreur sur la valeur. Toutefois, il faut prouver que la manœuvre émane du cocontractant et qu'elle a été déterminante du consentement. Le cessionnaire doit donc rapporter la preuve que le cédant a fait de fausses déclarations ou lui a délibérément dissimulé des faits ou la situation réelle de la société en sachant que la révélation de ses informations était de nature à empêcher le contrat.

L'action en nullité de la cession sur le fondement du dol a été admise quand, par exemple, le prix a été calculé à partir de documents, comptables ou autres, tronqués ou falsifiés par le cédant. Les tribunaux sont cependant rigoureux quant à

l'admission du dol : il n'est pas constitué si les cessionnaires sont des professionnels compétents, d'anciens dirigeants, ou s'ils ont été assistés par des spécialistes.

La jurisprudence qui admet le dol par réticence met en évidence l'émergence d'une obligation précontractuelle d'information à la charge du cédant, Il faut permettre au profane, et plus généralement à celui qui n'a ni les connaissances ni les aptitudes nécessaires, de pouvoir apprécier aussi précisément que possible l'utilité que doit lui procurer le contrat. Il s'agit d'éclairer son consentement pour que celui-ci ne soit pas altéré.

Pour éviter la sanction de nullité pour dol. Les parties doivent s'échanger loyalement les informations dont elles disposent respectivement quant l'objet de la cession. Il existe, cependant, des limites à cette obligation d'information : *le secret des affaires, les connaissances et les qualités du cessionnaire (du fait de sa qualité de professionnel).*

## **§-2 : Conditions tirées du droit de la vente**

La cession massive de droits sociaux est un contrat de vente qui a pour objet un bloc de titres conférant le contrôle dans la société et pour cause le transfert de ce contrôle du cédant au cessionnaire moyennant le versement d'un prix du second au premier. En fait, il s'agit d'une cession de créances qui n'est qu'une forme particulière de vente.

Selon l'article 488 du DOC, la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix.

**La chose ici est le bloc de titres** conférant le contrôle, quant au prix, c'est, lui seul, qu'on retiendra et on examinera successivement le problème de sa détermination, de son caractère sérieux, des promesses de cession à prix déterminé et, enfin, des clauses d'earn out.

### a) la détermination du prix

C'est la somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur. En matière de cession de bloc, le prix est le plus souvent supérieur à la somme arithmétique des actions ou parts transférées, parce que la prime de contrôle est intégrée.

C'est un élément essentiel du contrat puisqu'il traduit le point d'équilibre des volontés, celle de vendeur qui désire se retirer de l'affaire, celle de l'acquéreur qui désire l'obtenir.

Sans prix le contrat ne peut naître car l'obligation de l'acheteur est sans objet et celle du vendeur est sans cause.

Le prix peut être déterminé ou déterminable. S'il est déterminé dès la formation du contrat, aucun problème ne se pose. Mais cela est rarement le cas, soit parce qu'un prix déterminé ne peut être arrêté au moment de l'accord faute d'une connaissance suffisante de la valeur réelle de la société, soit parce que les parties conviennent du paiement d'un complément de prix afin de tenir compte de l'évolution ultérieure de la société, dans ces hypothèses, le prix est seulement déterminable. Il convient alors d'être prudent car il existe, en fait, deux risques majeurs : d'une part, celui de l'indétermination et, d'autre part, celui de la potestative qui fait que le prix ne va dépendre que de la volonté d'une seule des deux parties. Si tel est le cas, la cession est nulle.

Contrairement aux dispositions du DOC (article 487) qui interdit de rapporter la détermination du prix à un tiers, le code civil pour exclure tout risque d'indétermination autorise le recours à un tiers (article 1592). Ce n'est pas un expert chargé simplement de donner un avis sur le prix ; le prix qu'il fixe, à partir notamment des éléments comptables qu'il va recueillir, va lier les parties. C'est un mandataire commun, désigné par les parties, chargé de parfaire leur accord sur un élément essentiel : le prix.

#### *b) le caractère sérieux du prix*

Si le prix est vil, c'est-à-dire s'il est sans commune mesure avec la valeur réelle des parts ou actions, on admet l'action en nullité pour défaut d'objet et de cause selon le coté où l'on se place. Mais sans parvenir au stade du prix vil, il se peut qu'il existe une disproportion importante entre le prix et la chose. Avant d'annuler la cession, le juge doit se demander si le prix est bien la seule obligation que s'est engagé à supporter l'acquéreur.

Ainsi, a pu être déclaré valable la cession au franc symbolique d'une entreprise dès lors que l'opération procure un avantage incontestable au cédant : l'acquéreur s'engage à reprendre un passif et à se porter caution.

#### *c) promesse de cession à prix déterminé*

La promesse est l'acte par lequel une personne s'oblige envers une autre à faire ou à donner quelque chose à une date déterminée selon des modalités déterminées.

Jusqu'au jour de la levée de l'option, seul le promettant est engagé. Il s'engage à offrir un délai au bénéficiaire et à ne pas vendre ses titres à un autre. De même, le bénéficiaire est libre de renoncer à son option. S'il n'exerce pas son option durant le délai qui lui a été imparti, la promesse devient caduque et le débiteur recouvre la plénitude de ses droits sur ses actions ou parts sociales.

#### *d) clauses d'Earn out*



Lors de la négociation d'une opération de cession d'actions ou de parts sociales le vendeur et l'acheteur doivent, en premier lieu, trouver un accord sur la valorisation de la société cible et donc sur le prix de cession desdites actions ou parts sociales.

La différence d'approche qui peut exister entre le vendeur et l'acheteur est souvent due au fait que le vendeur, qui connaît parfaitement l'entreprise, dispose d'une visibilité importante sur les résultats sociaux futurs. Il intègre donc logiquement ces résultats potentiels dans sa valorisation de la société cible. L'acheteur, à l'inverse, ne dispose pas des mêmes informations sur l'entreprise et sera donc naturellement réticent à intégrer de tels éléments dans son analyse.

L'une des modalités permettant de rapprocher les points de vue de l'acheteur et du vendeur est l'insertion, dans les actes de cession des actions ou parts sociales, d'une clause de complément de prix dite « clause d'Earn out ». Le principe de cette clause est de faire bénéficier le vendeur d'un complément de prix de cession si les résultats sociaux qu'il envisageait dans la négociation se réalisent effectivement au cours des exercices comptables postérieurs à la cession du contrôle de la société cible.

#### ✓ **Les principes applicables à la clause d'Earn Out**

L'objectif est de calculer le prix de vente en intégrant les résultats futurs de la société vendue. Dans de nombreuses transactions, le prix est versé en deux fois :

- un prix de base convenu de l'entreprise. On peut le comparer à un " prix plancher " : il est en général versé au moment de la cession effective.
- et un complément de prix, qui représente une sorte de prime de rendement variant selon la performance financière de l'entreprise vendue (cette prime peut comporter un plafond mais cela n'est pas toujours le cas). Cette portion du prix de vente dite "eau-forte" se veut conditionnelle à l'atteinte de résultats spécifiques, faute de quoi elle ne saurait être exigible.

La clause d'earn out détermine le moment auquel le solde sera réglé et les critères qui déclencheront ce versement.

Le montant du solde peut être fixé à l'avance ou indexé sur l'activité de l'entreprise. Concernant la détermination du montant exigible à titre de portion "eau-forte", les parties choisiront tout référentiel comptable significatif pour l'entreprise. Si c'est un solde financier qui est choisi par les parties, l'ELBE (excédent brut d'exploitation) par exemple, les parties devront s'assurer que ce solde intermédiaire de gestion bénéficie d'une définition précise en droit comptable.

#### ✓ **Les aspects juridiques de l'Earn Out**

Au plan juridique, de telles clauses encourent en droit français le risque d'indétermination du prix, entraînant la nullité de l'opération, parfois plusieurs années après le closier ; il convient donc d'être très le plus précis possible dans sa rédaction.

Ce risque (d'indétermination) est toutefois écarté si les éléments de fixation du prix complémentaire sont convenus par les parties et sont objectifs et non potestatifs c'est-à-dire qui ne sont pas laissées pas à l'entière appréciation d'une des parties.

La mise en place de ce type de mécanisme se veut à la fois un exercice juridique, comptable et fiscal nécessitant la participation d'experts en la matière, pour son adaptation aux objectifs spécifiques des parties concernées, qui tient compte du contexte précis de la transaction.

## **2 : CONDITION DE FORME**

La cession massive des droits sociaux entraîne l'obligation de respecter un certain nombre de formalités qui tiennent soit à l'acte de cession de parts sociales ou actions, soit au fait que le contrôle est en cause dans la cession, soit, enfin, au caractère conventionnel de l'acte.

### **§-1 : conditions tenant à la cession de parts ou actions**

La cession de parts sociales nécessite la rédaction d'un acte, sous seing privé ou authentique, puisque pour être opposable à la société, elle doit respecter les formalités liées à la cession de créances prévues par l'article 195 du DOC. Aussi si la cession peut être acceptée par la société dans un acte authentique par l'intermédiaire de son gérant, elle peut aussi lui être notifiée, soit par la signification d'un exploit d'huissier, soit par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège de la société contre remise d'une attestation. S'y adjoint le dépôt au greffe du tribunal de commerce de l'acte de cession pour rendre celle-ci opposable aux tiers.

La négociation d'action quant à elle n'est soumise à aucun formalisme particulier depuis que les valeurs mobilières ont été dématérialisées.

### **§-2 : conditions tenant à la cession du contrôle**

Même si la cession de contrôle n'intéresse normalement que le cédant et la cessionnaire, l'objet de la cession peut nécessiter l'intervention de tiers à la convention au regard de plusieurs réglementations.

#### **a) contrôle des concentrations**

La cession de contrôle constitue l'une des modalités de la concentration économique et est susceptible d'entrer dans le champ d'application de la réglementation protégeant la libre concurrence. En effet, l'article 11 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence dispose que constitue une opération de concentration, de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.

Quant à l'article 10 de la même loi, il précise que cette opération de concentration ne fait l'objet de contrôle que lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, ont réalisé ensemble, durant l'année civile précédente, plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci.

#### b) droit des participations

La cession du contrôle induit un certain nombre d'obligations tant en matière d'information, qu'en matière comportementale.

En matière d'information, tout d'abord. La cession massive de droits sociaux va nécessiter que l'opération soit portée à la connaissance tant de la société que des associés.

En matière comportementale, ensuite. La prise du contrôle d'une société par une autre peut conduire à l'application de certains mécanismes boursiers lorsque la société dont les titres ont été acquis est cotée.

#### c) droit du travail

La cession du contrôle d'une société emporte plusieurs conséquences en droit du travail.

Parce que la cession du contrôle intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, obligation est faite d'informer et de consulter le comité d'entreprise pour le mettre au courant des modifications économiques et juridiques qui vont intervenir ainsi que des motifs de ces modifications en abordant le sort des salariés qui risquent d'être affectés par ces modifications. (Article de code du travail). A défaut le délit d'entrave est constitué.

#### d) droit des contrats

La société est liée à des tiers (clients, fournisseurs) par de multiples contrats. La personnalité morale de la société n'étant pas affectée par la cession de contrôle, celle-ci est normalement sans effets sur ces contrats qui doivent continuer en vertu du principe de l'effet relatif des conventions.

### **§-3 : conditions tenant au caractère conventionnel de la cession**

La nécessité pour les parties d'obtenir certaines autorisations, d'effectuer certaines formalités, d'obtenir un financement ou de recourir à un audit de la société influence la forme de l'accord qui peut être affecté de conditions suspensives voire résolutoires qui détermineront la réalisation définitive de l'accord.

Cet accord consigné dans plusieurs documents, doit être rédigé avec soin explicitant parfaitement la finalité poursuivie par les parties afin qu'en cas de litige, le juge puisse s'y référer pour déterminer le plus précisément possible la commune intention des parties.

## I EFFETS DE LA CESSION DE DROITS SOCIAUX

Etant sans incidence et sans effets à l'égard des tiers, on ne va pas s'étaler sur les effets de la cession de contrôle à l'égard des créanciers sociaux, dans la mesure où, d'une part, ils sont tiers à la convention de cession et, d'autre part, cette opération est, à la différence des opérations des fusions et scissions, sans incidence sur la personnalité morale de la société qui demeure au-delà du changement dans la personne des titulaires du contrôle.

Reste les effets entre les parties qui présentent une importance majeure puisque chacune des deux parties au contrat de cession du contrôle se doit de respecter certaines obligations à l'égard de son cocontractant.

### A LES EFFETS ENTRE LES PARTIES

#### **1 L'OBLIGATION DU CESSIONNAIRE : PAYER LE PRIX**

La principale obligation légale qui pèse sur le cessionnaire est celle de payer le prix convenu. Ce paiement se réalise selon les dispositions des parties : en une seule fois ou de manière échelonnée.

Il est fréquent lorsque le paiement se fait de manière échelonnée que le cédant demande une garantie de paiement du solde des titres. Celle-ci prendra le plus souvent la forme d'un engagement de caution ou de garantie à première demande donnée par la banque du cessionnaire.

Notons qu'en cas de pluralité des cessionnaires, la dette est normalement conjointe. Elle peut toutefois être solidaire, soit lorsque la cession est de nature commerciale, soit parce que la solidarité aura été stipulée dans l'acte de cession.

#### **2 LES OBLIGATIONS DU CEDANT : GARANTIR LE CESSIONNAIRE**

L'objectif de protection du cessionnaire est double : s'assurer que la situation réelle de la société à la date retenue soit bien celle que lui a présentée le cédant et qu'il n'ait pas à supporter les conséquences défavorables d'événements ayant leur origine antérieurement à la cession. Il reste que, si, après la cession, surviennent des risques imprévus ou non identifiés, le cessionnaire est souvent démuni devant eux : les garanties légales sont bien souvent insuffisantes et impuissantes à les couvrir ; en outre, y recourir conduit généralement à l'annulation de la cession ce que ne

souhaite pas toujours le cessionnaire. D'où l'idée de recourir à des mécanismes conventionnels.

### **§-1 : insuffisance des garanties légales**

La cession de contrôle est un contrat de vente. Des lors, le cédant doit au cessionnaire une garantie contre l'éviction et une garantie des vices cachés.

#### **a) la garantie des vices cachés**

Elle vise les défauts de la chose vendue, qui ne se révèlent pas au premier examen et empêchent l'acheteur d'en faire l'usage auquel il l'a destinée.

S'il décide d'invoquer la garantie des vices cachés, le cessionnaire peut alors espérer obtenir la restitution du prix payé, ou du moins sa réduction.

Toutefois, les tribunaux, en matière de cession de titres de société, n'accordent à cette garantie qu'un domaine d'application particulièrement restreint.

En effet, la garantie ne s'applique qu'en cas de vice affectant l'usage des parts cédées, et non pas de vice ayant plus largement un impact sur leur valeur. En d'autres termes, la révélation, après la cession, d'un vice caché de l'actif ou d'un important passif né avant cette cession ne permet pas à elle seule de faire jouer la garantie légale.

#### **b) La garantie d'éviction**

L'article 534 du DOC dispose que le vendeur est tenu de droit à garantir à l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre, en vertu d'un droit subsistant au moment de la vente.

La garantie d'éviction se traduit par l'obligation pour le vendeur d'assurer à l'acquéreur la jouissance paisible du bien vendu.

Ainsi, le cessionnaire pourra agir contre le cédant s'il prouve que le comportement de ce dernier a vidé les titres cédés de tout ou partie de leur substance, et ce même s'il s'agit d'actes antérieurs à la cession, mais dont les effets se sont produits après.

### **§-2 : recours aux garanties conventionnelles**

Comme nous venons de le voir, l'efficacité des garanties légales est limitée. Ainsi, la garantie légale s'attache-t-elle aux droits sociaux eux-mêmes, alors que ce qui importe aux yeux des parties, ce sont les éléments d'actif et de passif qui constituent le patrimoine de la société dont les titres changent de mains. C'est pourquoi les garanties conventionnelles, plus

souples et adaptables à chaque opération, sont devenues des clauses de style dans ce type d'opérations.

La principale de ces garanties conventionnelles est bien sûr la garantie de passif. Mais, il en existe bien d'autres.

#### a) La clause de garantie de passif

Par cette clause, le cédant garantit l'exactitude du bilan à partir duquel le prix de cession a été déterminé et s'engage à supporter toutes les dettes qui ne figureraient pas dans ce bilan, mais dont l'origine est antérieure à la cession.

Important : en principe, la clause de garantie de passif ne couvre pas les éléments d'actif. Il est donc recommandé de prévoir expressément dans la clause que la garantie couvre non seulement le vendeur contre tout passif non révélé, mais également contre toute surévaluation d'actif.

On rencontre alors en pratique, outre les clauses de garantie de passif au sens strict, des clauses de garantie d'actif, voire des clauses de garantie d'actif net.

- **La clause de garantie d'actif.**

Cette clause peut venir compléter la première. Elle consiste pour le cédant à garantir le repreneur contre toute diminution ou disparition des actifs pris en compte pour le calcul du prix de cession imputable à une cause antérieure à la vente.

- **La clause de garantie de l'actif net.**

La clause de garantie de l'actif net Ici, le cédant est responsable financièrement de toute diminution de l'actif net établi lors de la cession pour une cause antérieure à celle-ci.

L'étendue de la clause de garantie de passif peut aussi être variable, selon les contrats.

Le cédant peut ainsi limiter l'étendue de la garantie en prévoyant, par exemple, une franchise, le cessionnaire ne pouvant alors invoquer la garantie que si le montant du passif révélé après la cession excède un certain montant. Le cédant peut encore, par exemple, limiter le délai pendant lequel l'acquéreur pourra mettre en œuvre la garantie et exclure les dettes qui apparaîtraient après une date déterminée.

Remarque : la garantie de passif peut être stipulée soit au profit du cessionnaire, soit au bénéfice de la société dont les titres ont été cédés.

#### b) La clause de révision de prix

La clause de révision de prix est la clause par laquelle le cédant s'engage à indemniser l'acquéreur en cas de diminution de la valeur des titres cédés, résultant

notamment de l'apparition de nouvelles dettes par rapport à celles existant au jour de l'achat ou de la découverte d'une surévaluation de l'actif net, dans la limite du prix de cession, et ce quel que soit le montant des dettes révélées après la cession ou l'importance de la surévaluation de l'actif.

Remarque : contrairement à la garantie de passif, la clause de révision de prix ne peut être stipulée qu'au seul bénéfice du cessionnaire.

### **3 : TRANSFERT DU DIVIDENDE ET DU COMPTE COURANT**

La question du transfert du dividende et du compte courant n'est pas spécifique à la cession de contrôle même si l'aspect massif de la cession lui confère une acuité particulière. Deux points se posent notamment mais pas exclusivement à la cession de contrôle. Se pose, à la réalité, lors de chaque mutation de droits sociaux.

S'agissant du transfert du dividende, la question est de savoir qui du cessionnaire ou du cédant doit percevoir les dividendes sociaux antérieurs à la cession mais postérieurement mis en distribution ?

Généralement, la convention règle cette question et elle fait la loi entre les parties. Mais, que décider à défaut de stipulation contractuelle ? Tout dépend alors de la nature juridique retenue pour les dividendes.

Plusieurs arrêts de cour d'appel française se sont prononcés pour l'octroi de l'intégralité des dividendes de l'exercice au profit du cessionnaire lorsque ceux-ci sont distribués après la date de la cession.

Concernant le transfert du compte courant, il convient de retenir que l'objet de la convention étant strictement limité aux parts et actions transmises. En doit admettre, donc, que la cession de contrôle est sans incidence sur la titularité du compte courant d'associé.

#### **B/ effets à l'égard des tiers**

On envisagera ici, la situation des créanciers sociaux et celle des salariés

##### **1- les créanciers sociaux**

Pour les *créanciers sociaux*, la cession de contrôle est normalement sans effet et sans incidence, dans la mesure où, d'une part, ils sont tiers à la convention de cession et, d'autre part, cette opération est, à la différence des opérations des fusions et scissions, sans incidence sur la personnalité morale de la société qui demeure au-delà du changement dans la personne des titulaires du contrôle. Il en va toutefois différemment, lorsque le contrat liant le tiers à la société prévoit expressément que la cession du contrôle est une cause de résolution de ce même contrat que ne se poursuivra que si les nouveaux dirigeants obtiennent un nouvel accord du créancier.

En outre hors ces hypothèses d'intuitu personae, les établissements de crédit se prémunissent de toute modification du contrôle en essayant d'assurer le maximum

de pérennité au niveau de la société. Cela est rendu possible grâce aux engagements de ratios et de garantie de gestion : il s'agit de clause consenties par la société (et donc engageant les contraires quels qu'ils soient) au terme desquelles, à peine de résiliation de l'aide financière, la société s'engage à respecter certains ratios d'endettement

Hormis ce point, il reste l'hypothèse du cautionnement des dettes sociales par le dirigeant. Normalement, la cessation des fonctions du dirigeant de la société n'entraîne pas automatiquement la caducité des engagements de caution. Il n'en va autrement que si cette modalité du fin du cautionnement a été expressément prévue dans la convention. A défaut, le cédant reste tenu.

Si le cautionnement est à durée indéterminée, le cédant peut dénoncer son engagement au moment de son départ de la société ; à défaut, même en présence d'un nouvel engagement de caution des nouveaux dirigeants en faveur du même établissements de crédit à raison des dettes de la même société, le cédant demeure tenu, le changement de contrôle n'opérant, à l'égard de la banque, aucune novation par substitution du débiteur mais simple adjonction. Plus encore, la banque n'a même pas à informer le cédant qu'il demeure tenu à défaut de dénoncer son engagement. Le risque est alors que le cédant doive payer les dettes sociales nées postérieurement à la cession.

Si le cautionnement est à durée déterminée, il faut attendre le terme de celui-ci qui, en tout état de cause, ne mettra fin qu'à l'obligation de couverture et non à celle de règlement qui perdurera. On peut aussi envisager, plus rarement, une libération de la caution par la banque elle-même.

## **2- les salariés**

Parce que la cession de contrôle intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, obligation est faite d'informer et de consulter le comité d'entreprise pour le mettre au courant des modifications économiques et juridiques qui vont intervenir ainsi que des motifs de ces modifications en abordant le sort des salariés qui risquent d'être affecté par ces modifications.